

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'outsourcing du développement de logiciels vers des pays à bas salaire

Triaille, Jean-Paul

Published in:

Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:

2004

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Triaille, J-P 2004, 'L'outsourcing du développement de logiciels vers des pays à bas salaire', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, Numéro 20, p. 25-35.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

L'outsourcing du développement de logiciels vers des pays à bas salaire

Jean-Paul TRIAILLE ¹

Introduction

Le sujet abordé est d'actualité, et les nouvelles se multiplient au sujet des initiatives prises, soit par des sociétés du secteur informatique, soit par des sociétés d'autres secteurs mais disposant d'un service informatique interne, consistant à externaliser vers un pays tiers leurs activités de développement de logiciels.

L'objectif de cet article est d'examiner, sur un plan juridique, les principales questions qui se posent quand une société décide d'externaliser un projet de développement de logiciels vers des pays dans lesquels le coût de la main-d'œuvre est moins élevé qu'en Europe occidentale ². L'objet de l'article n'est pas d'envisager l'opportunité ou non, pour une entreprise donnée, de prendre une telle initiative ; à ce sujet, les réponses ne peuvent être que nuancées et les expériences à ce jour font état tantôt d'enthousiasme tantôt de déception. L'objet n'est pas non plus d'aborder les enjeux plus globaux – et évidemment

importants – que posent la délocalisation d'activités économiques et les pertes d'emploi consécutives.

Le contrat d'*outsourcing* ³ n'est défini ni par la loi ni par aucune réglementation ; sous réserve des contraintes réglementaires spécifiques relatives à l'*outsourcing* de certaines activités bancaires ou d'assurance, il n'existe pas de cadre juridique spécifique à ce contrat.

On examinera notamment dans cet article quels sont les *objectifs principaux* d'un contrat d'*outsourcing* et quels sont les *risques essentiels* liés à un projet d'*outsourcing*, pour voir ensuite comment, dans le contrat, on peut contribuer à la réalisation de ces objectifs et à limiter les risques. Reste évidemment que le contrat ne peut à lui seul suffire à faire en sorte que les objectifs soient atteints et que les risques soient écartés : avant le contrat, c'est la confiance dans le partenaire qui est la condition essen-

1. Avocat au barreau de Bruxelles (Lontings & Partners) et maître de conférences aux F.U.N.D.P.

2. Ce texte est un résumé d'une conférence donnée par l'auteur à l'occasion d'un séminaire organisé à Bruxelles le 8 octobre 2003 par la fédération professionnelle Agoria, Leuven Inc. et la Vlaamse Software Platform. Sur l'*outsourcing* en informatique, cf. notamment R. BAILLY, « *Outsourcing informatique : conclure un service level agreement solide avec les Application Service Providers (ASP) ou fournisseurs d'applications à distance* », DA.OR, 2002, 61/62, p. 97 et s. ; T. DE COSTER et B. VAN ASBROECK, « *Outsourcing van informaticadiensten* », *Cahier du juriste*, sept. 2004. Sur les aspects juridiques de l'*outsourcing* en général, cf. l'ouvrage collectif de M. FONTAINE, D. PHILIPPE et C. DELFORGE (dir.), *Les aspects juridiques de l'outsourcing*, Bruxelles, Bruylant, 2002 ; cf. aussi (mais beaucoup moins intéressant) : www.outsourcing-law.com.

3. On l'appelle aussi, plus souvent en France, le « contrat d'externalisation ». On se permettra ici d'utiliser le terme plus courant d'*outsourcing*.

tielle de la réussite d'une opération. Le meilleur des contrats ne permettra pas d'éviter l'échec si l'on a affaire à un fournisseur de mauvaise foi ou incompetent ; le choix du fournisseur est donc capital et doit s'opérer sur la base d'une étude approfondie de son expérience, de sa clientèle, des compétences de son personnel, d'une première collaboration limitée qui serve de test, etc.

Parfois, c'est le client lui-même (surtout s'il s'agit d'une grande société) qui

décidera d'externaliser le développement de logiciels qu'il réalisait jusqu'alors en interne dans son service informatique. Plus souvent, le client s'adresse « classiquement » à une société locale de développement de *software* et c'est cette société qui va externaliser les prestations pour lesquelles le client lui a passé une commande (ce qui ne pourra évidemment se faire qu'avec l'autorisation du client si le contrat avec le client a, comme souvent, exclu le droit pour la société de sous-traiter tout ou une partie de ses missions).

Le choix du pays d'accueil

Sans procéder ici à une comparaison des avantages et inconvénients respectifs des pays ou régions du monde vers lesquels on se dirige généralement pour l'*outsourcing* d'activités de développement, on se contentera de signaler les destinations les plus fréquentes : les pays d'Europe centrale et orientale,

l'Inde, l'Asie du Sud-Est, la Russie.

Le choix du pays est évidemment capital et dépendra d'une série de facteurs : coûts, compétences spécialisées disponibles, équipements, langue, culture, distance, climat politique et économique-social...

La structuration juridique du projet

L'*outsourcing* du développement de logiciels peut s'envisager suivant différentes formules juridiques, allant d'une faible à une plus grande intégration dans le pays tiers (ou « pays d'accueil ») :

- formule purement contractuelle : le client s'adresse sur place à une société de développement (qu'ici on appellera « le fournisseur de services ») et un contrat est établi entre ces deux sociétés indépendantes ;
- *joint venture* avec le fournisseur local : le client et le fournisseur de services créent ensemble une nouvelle société locale ;

- investissement sur place : le client décide d'investir dans le pays d'accueil en y établissant une succursale ou en y créant une filiale qui fait ensuite appel à une main-d'œuvre locale.

Entre ces différentes formules, il existe aussi des situations intermédiaires, comme par exemple un investissement partiel du client dans la création d'une société sur place, avec une option d'achat que le client peut exercer après un certain temps et qui lui permet de devenir seul propriétaire des parts de la société. On peut évidemment – c'est souvent le cas – commencer par

une formule purement contractuelle pour évoluer progressivement vers des formules plus intégrées.

Le choix entre les différentes formules résultera de nombreux facteurs, dont les aspects fiscaux de l'exercice de cette activité dans un pays tiers ⁴ ou les règles et les limites applicables localement à l'investissement par des sociétés étrangères.

On s'attachera ici à examiner la première formule, qui reste la plus fréquente, et qui est quasiment toujours celle par laquelle on commence. On examinera donc ci-après le contenu et les objectifs du contrat qui sera passé entre le client et le fournisseur de services dans le pays tiers (le « contrat d'*outsourcing* »).

27

Le contenu du contrat

Le contrat d'*outsourcing*, si on veut le rapprocher d'autres formules contractuelles plus connues, est une combinaison de différents contrats, et on y retrouvera logiquement des éléments qui tiennent :

- du contrat de développement de *software*, puisque tel est l'objet principal du contrat ;
- du contrat international, puisque telle est la situation qu'on analyse ici ;
- du contrat informatique, avec les clauses habituelles qu'on

retrouve dans la plupart de ces contrats (cf. *infra*).

Viendront ensuite s'y ajouter des clauses qui sont plus spécifiques au contrat d'*outsourcing*, et que l'on retrouve quel que soit l'objet du contrat, qu'il s'agisse de l'*outsourcing* du développement de *software* ou de l'*outsourcing* d'un *IT help desk*.

La variété des situations et des projets a pour conséquence qu'il n'est pas envisageable de rédiger un « contrat d'*outsourcing* standard ». Tout est, ici comme souvent, une affaire d'espèce.

Les objectifs et les risques principaux d'un projet d'*outsourcing*

Les *objectifs* d'un projet d'*outsourcing* sont généralement décrits au nombre de trois :

- diminuer les coûts de production par rapport à une production en interne, grâce notamment aux économies d'échelle dont pourra bénéficier le fournisseur. Dans l'hypothèse qui nous intéresse,

ce sera souvent l'objectif premier, puisque l'on parle ici d'*outsourcing* vers les pays à bas salaire, dans lequel l'économie viendra précisément du recours à des développeurs dont les salaires sont plus bas que dans le pays d'origine du client ;

4. On mentionnera notamment que, en cas d'investissement sur place, les autorités locales pourront considérer qu'il y a un établissement permanent au sens fiscal, avec les conséquences qui en découlent sur la taxation des bénéfices ; si l'*outsourcing* se fait vers une filiale du groupe, les règles en matière de prix de transfert (*transfer pricing*) seront à prendre en considération pour éviter des requalifications et un coût fiscal non prévu.

- pouvoir faire appel à un professionnel spécialisé, dont l'activité qu'on va externaliser constitue pour lui l'activité essentielle (le *core business*) et qui, pour cette raison, bénéficie de compétences et d'une spécialisation plus grandes ;
- obtenir un service et des *deliverables* de qualité (d'une qualité au moins égale à celle qu'on obtiendrait dans son propre pays).

Selon les projets, ces objectifs ont évidemment une importance respective variable.

Les *risques* cités, liés au recours à une formule d'*outsourcing* plutôt qu'à un développement en interne, sont généralement les suivants :

- le fait d'externaliser entraîne inévitablement une certaine perte de contrôle des activités en question ; cela est d'autant plus

vrai que le fournisseur est géographiquement éloigné ;

- pour que le fournisseur puisse remplir sa mission, il faudra qu'il soit mis en possession d'informations confidentielles relatives aux activités du client (ses projets en termes de développement de ses activités, l'identité de ses clients, les codes-sources des logiciels, etc.). Le risque existe que ces informations confidentielles soient divulguées à des tiers et réutilisées ; le risque est d'autant plus élevé si la société de développement fournit aussi ses services à des concurrents du client ;
- l'*outsourcing* d'une activité a pour conséquence que, dans le domaine concerné, le client devient dépendant du fournisseur. Cette dépendance sera d'autant plus grande que le contrat aura eu une longue durée d'existence.

Comment atteindre les objectifs à travers le contrat ?

1. La diminution des coûts de production

Pour que le client soit assuré, en externalisant une ou des activités de développement de *software* vers des pays à bas salaire, de bénéficier de coûts de production moindres, il est d'abord important d'avoir examiné l'ensemble des coûts qui seront liés au choix de tel ou tel fournisseur, et plus important encore, au choix de tel ou tel pays : la main-d'œuvre dans tel pays peut être moins chère, mais les frais d'installation, de déplacements ou d'autres frais peuvent être plus élevés.

Il faut ensuite, pour ce qui concerne

le contrat, avoir prévu des clauses détaillées quant au mode de calcul des prestations du fournisseur et quant aux coûts qui pourront être portés en compte par le fournisseur.

Aux coûts directs d'un projet, il faut ajouter un examen des aspects fiscaux (taxes, déductions des investissements, etc.), ainsi qu'une analyse du coût de la cessation des activités jusque-là exercées en interne (ce qui peut impliquer notamment des licenciements et donc un coût social).

Le contrat doit aussi prévoir des mécanismes qui permettent au client de vérifier ou de faire vérifier par un tiers le

respect par le fournisseur des mécanismes convenus pour calculer le prix du service, par exemple, si le prix est un prix variable calculé en fonction de différents paramètres, par le biais d'un audit que le client peut réaliser à intervalles réguliers et qui doit lui permettre, si nécessaire, d'avoir accès aux livres du fournisseur et à tous documents utilisés pour le calcul du prix.

Il peut aussi être opportun de prévoir que le client pourra procéder à un *benchmarking*, à savoir une comparaison entre les prix pratiqués par le fournisseur et les prix qui sont proposés, pour le même service, par la concurrence. Cela est évidemment toujours un droit pour le client, mais on peut prévoir que, en fonction des conclusions de cette analyse, le fournisseur devra se montrer ouvert à renégocier les conditions financières de son service. Si la clause nous paraît utile comme moyen de pression, on constate toutefois en pratique que, même quand elle est prévue, elle est rarement appliquée telle quelle.

Il est de toute manière important, si le contrat a une longue durée d'existence, de prévoir des mécanismes souples en matière de calcul des coûts et du prix du service, permettant leur évolution en fonction de la situation, qui peut changer au fil du temps. C'est une condition indispensable pour que le contrat dure et que chacune des parties conserve le sentiment qu'il est équitable.

On sera aussi attentif, hors de la zone euro, à avoir prévu les clauses appropriées pour traiter du risque de variation des taux de change entre les monnaies respectives.

2. L'accès à des compétences spécialisées et les deliverables de qualité

29

En s'adressant à un professionnel qui se spécialise dans un secteur donné (par exemple, le développement de solutions informatiques comptables ou bancaires), et qui peut parvenir à cette spécialisation notamment par le fait que ledit professionnel fournit ses services à toute une gamme de clientèle, le client qui a recours à l'*outsourcing* entend bénéficier, en s'adressant à ce professionnel, de compétences spécialisées.

S'agissant ici de l'*outsourcing* de développement de logiciels, le client devra être attentif à la compétence des développeurs qui effectueront les prestations de développement du côté du fournisseur. Le contrat devra préciser les qualifications et les compétences de ces personnes. Le client aura veillé à obtenir au préalable les informations utiles à ce sujet et à s'assurer sur place de la qualité des développeurs. Comme indiqué précédemment, le client devra avoir acquis suffisamment de certitude qu'il peut faire confiance à tel fournisseur et à ses compétences.

Le contrat devra aussi contenir toutes les précisions quant à la qualité attendue des *deliverables* (ici, des programmes informatiques). Même si cela n'est pas toujours aisé, il faut instamment veiller à décrire autant que possible des critères objectifs et mesurables de qualité. De même, dans la mesure où les critères de qualité sont objectifs et mesurables, il sera intéressant de prévoir dans le contrat des mécanismes de pénalité quand les critères convenus ne sont pas rencontrés. Cela est certes plus facile pour l'*outsourcing* de services d'hébergement (assez aisément quantifiable en termes de performances) que pour l'*outsourcing* de développement de logiciels, mais le fournisseur aura in-

térêt à essayer de trouver des critères objectifs, qui lui serviront également pour la réception (l'acceptation) des programmes qui auront été développés. Par exemple, la conformité à des normes techniques sectorielles ou réglementaires (dans le secteur hospitalier, notamment) pourrait être imposée. De même, le fournisseur devra, comme

dans tout contrat de développement, garantir le caractère licite des *deliverables* qu'il fournira, et donc le fait que ces programmes ne porteront pas atteinte à des droits intellectuels de tiers.

Cela se fera souvent par le biais d'un plan d'assurance-qualité, ainsi que d'un contrat de niveau de services.

Comment diminuer les **risques** à travers le contrat ?

On vient d'identifier les risques principaux des projets d'*outsourcing*. On va voir comment, par le contrat, contribuer à éviter que ces risques se réalisent.

1. La perte de contrôle des prestations à accomplir

Le premier risque est évident : le fait d'externaliser une activité jusqu'alors exercée en interne entraîne, pour le client, une moins grande possibilité de contrôler les activités. Cela sera ici d'autant plus vrai que l'on parle d'externaliser des activités vers des pays qui sont parfois géographiquement fort éloignés. Malgré toutes les possibilités accrues des communications physiques (et des déplacements) et électroniques, la distance physique entre les parties reste un obstacle à la communication ainsi qu'au contrôle.

Pour limiter les risques inhérents à cette situation et donner au client non seulement des moyens de contrôle *a posteriori* de la qualité des résultats mais aussi des moyens de contrôle *a priori* du processus de développement, le contrat devra :

- prévoir des possibilités pour le client de faire sur place des visites non annoncées, d'avoir accès à tous documents et fichiers utiles ou de faire procéder à un audit

sur les activités du fournisseur (audit qui devra perturber le moins possible le fonctionnement de ces activités) ;

- mettre en place des procédures de suivi très régulier par le client de ce qui se fait chez le fournisseur, avec des possibilités de remédiation rapide en cas de problèmes (en désignant notamment les personnes compétentes pour prendre les décisions et en prévoyant, en cas de problème, les procédures « d'escalade » appropriées) ;
- obliger le fournisseur à des obligations d'information régulière du client tout au long de chacune des phases du projet ;
- soumettre le recours à des tiers par le fournisseur à l'approbation préalable du client. L'*outsourcing* entraîne une perte de contrôle, mais si le fournisseur peut à son tour externaliser une partie de ses activités, le risque est multiplié...

2. La confidentialité des informations et des données

Le fournisseur aura besoin d'être mis en possession d'informations confidentielles sur les activités du client. Sur ce point encore plus que sur les autres,

c'est la confiance dans le choix du fournisseur qui est primordiale.

Pour limiter les risques, le contrat devra :

- prévoir des obligations expresses et précises de confidentialité pour le fournisseur et ses employés. Ces obligations ne peuvent se limiter à des déclarations et engagements théoriques mais doivent s'accompagner d'indications très pratiques (comme l'accès aux locaux, aux documents, les mots de passe, les droits d'accès aux fichiers et aux réseaux, etc.) ;
- permettre que le client puisse vérifier en pratique si les mesures promises ont bien été mises en place et si elles sont respectées ;
- quand cela est possible (c'est souvent difficile à faire accepter), prévoir des pénalités en cas de violation des obligations de confidentialité (« clause pénale »). Dans ce cas, on veillera à préciser que la pénalité forfaitaire constitue un minimum (en deçà duquel la hauteur du préjudice ne devra pas être prouvée) mais que le client garde la possibilité de réclamer une indemnisation plus élevée (à charge pour lui d'établir alors l'importance de son préjudice).

Souvent, avant la conclusion du contrat, dans le cadre des négociations précontractuelles, le client aura déjà été contraint de donner au fournisseur avec qui il négocie des informations confidentielles sur ses activités, ses logiciels,

etc. Il est important d'entourer cette étape précontractuelle de garanties contractuelles via la conclusion d'engagements de confidentialité appropriés (un *Non-Disclosure Agreement*, dans le jargon une NDA).

Une des façons de limiter les risques que le fournisseur réutilise lui-même, dans le cadre d'autres projets, les informations confidentielles qu'il aura acquises du client est de convenir que ce fournisseur ne pourra offrir ses services à des concurrents du client, qui se réserve de la sorte une certaine exclusivité. Pareille exclusivité est toutefois souvent difficile à obtenir ; en outre, elle limite les possibilités pour le fournisseur d'accroître son expérience et ainsi de mieux servir ses clients existants.

Une catégorie particulière d'informations justifie dans certains cas un traitement particulier, à savoir les données à caractère personnel (c'est-à-dire – pour faire bref – les données liées à une personne physique). Dans le cadre de certaines opérations d'*outsourcing*, le transfert de pareilles données est nécessaire ; si le transfert doit se faire vers une entité située à l'extérieur de l'Union européenne, des règles spécifiques seront à respecter afin de garantir une protection suffisante de ces données⁵. La problématique se rencontrera plus souvent dans d'autres projets d'*outsourcing* (hébergement d'applications, ASP, etc.) que dans le domaine de l'*outsourcing* du développement de logiciels, mais pourrait aussi se rencontrer ici. Dans ce cas, il faudra prendre les mesures contractuelles et techniques appropriées.

5. Cf. notamment, en Belgique, les articles 21 et 22 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel ; cf. également le rapport du groupe 29 de la Commission européenne : « Group 29 Working Document, Transfers of personal data to third countries : Applying Article 26 (2) of the EU Data Protection Directive to Binding Corporate rules for International Data Transfers », 3 juin 2003, 11639/02/EN, WP74 ; également la décision de la Commission du 15 juin 2001 relative aux clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers en vertu de la directive 95/46/CE, C(2001), 1539 final, J.O.C.E., 4 juillet 2001, L 181/19.

3. Le risque de dépendance vis-à-vis du fournisseur

Le risque de devenir dépendant du fournisseur est l'un des inconvénients majeurs de l'*outsourcing*. Il sera d'autant plus grand que le contrat sera de longue durée.

Pour le limiter, on veillera à ce que :

- le contrat stipule que tous les droits intellectuels sur les programmes développés deviennent au fur et à mesure la propriété du client – en conséquence de quoi, le client sera libre de commercialiser, d'adapter, de diffuser, de traduire, etc., les logiciels en question, sans que le fournisseur puisse invoquer des droits qu'il aurait gardés sur les programmes. On pourra compléter les clauses en imposant au fournisseur de prévoir toutes les clauses nécessaires à cet égard dans ses propres contrats d'emploi. De plus en plus souvent, dans le domaine de l'attribution des droits de propriété intellectuelle (pour les logiciels, souvent le droit d'auteur), il y a des réglementations spécifiques locales à prendre en compte, qui imposent des dispositions contractuelles précises ;
- le contrat impose au fournisseur de fournir les codes-sources des logiciels développés, non seulement à la fin de la mission mais également, s'il s'agit d'une mission d'une certaine durée, à des étapes intermédiaires. Outre les codes-sources, il faudra prévoir que toute la documentation technique pertinente devra également être remise au client ;

- le contrat permette au client de mettre fin au contrat même en dehors de l'hypothèse d'une faute ou d'un manquement contractuel du fournisseur. Cela est, en droit belge, la règle dans tout contrat d'entreprise⁶. Ce qui sera important, afin d'éviter les discussions, sera de décrire toutes les conséquences de pareille décision du client, notamment sur le plan financier (quelle indemnité de rupture est due au fournisseur et comment est-elle calculée ?) et toutes les obligations du fournisseur dans cette hypothèse (car il sera important qu'il mette un terme à sa mission sans porter préjudice aux intérêts du client ; cf. *infra*) ;
- le contrat organise de façon détaillée la « réversibilité » du contrat, c'est-à-dire la possibilité effective pour le client de mettre fin sans inconvénient évitable à la relation contractuelle. Pour ce faire, on prévoira que, à partir du moment où le client a fait savoir qu'il mettrait fin au contrat⁷, le fournisseur devrait collaborer activement au « retour » des activités (si le client décide de reprendre en interne les activités qu'il avait pour un temps externalisées) ou au transfert des activités (dans le cas où le client change de fournisseur). On devra assortir cette obligation de collaboration d'un aspect financier (par exemple, avec des paiements qui ne seront dus qu'en cas de collaboration, et des pénalités financières en cas de non-collaboration). La collaboration avec le client impliquera souvent la communication d'un savoir-faire acquis par le

6. Cf. l'article 1794 du Code civil.

7. On entre à ce moment-là dans une période « à risques » dans la mesure où le fournisseur, vu la décision du client, n'a plus de raisons de mettre tout son zèle à le satisfaire.

fournisseur, et qui devra être transmis au client ou au nouveau prestataire de services auquel il fera dorénavant appel. L'aspect « réversibilité » est un aspect important de tout contrat d'*outsourcing* ; bien pris en compte, il permettra d'éviter pour

- le client un coût important en cas de fin de la collaboration ;
- le contrat prévoit les conséquences d'une cessation d'activités ou d'une faillite du fournisseur ; un examen de la législation applicable localement s'impose à cet égard.

Autres points à aborder

En parcourant dans cet article les principaux objectifs et risques du contrat, on n'a pas pour autant tout dit, loin s'en faut.

À titre non exhaustif, on peut encore signaler les points suivants, auxquels il faut songer dans le cadre d'une opération d'*outsourcing* :

- 1) Avant même la conclusion d'un contrat, la phase précontractuelle a toute son importance et doit permettre au client de se convaincre qu'il peut faire confiance au fournisseur qu'il retient ; souvent, le client sera bien avisé de tester le fournisseur via un premier projet d'ampleur limitée.
- 2) Le transfert des activités de la société du client vers le fournisseur devra être très soigneusement préparé, avec un plan de transition destiné à garantir un passage avec le moins de heurts possibles.
- 3) Il faudra vérifier, par une *due diligence* appropriée, que des contrats conclus par le client ne s'opposent pas à l'*outsourcing*. Tel serait le cas de contrats de licence relatifs à des outils de développement, signés par le client et interdisant que ces outils soient mis à la disposition de tiers. Si le fournisseur a besoin de ces outils, une solution est à négocier avec l'éditeur initial. Un transfert de certains contrats sera parfois nécessaire, dans lequel le fournisseur sera désigné comme le nouvel utilisateur des outils logiciels concernés ou le nouveau bénéficiaire de services de maintenance ou de support, par exemple.
- 4) On a mentionné l'aspect fiscal du projet. On n'y reviendra pas, sauf pour insister sur l'importance de la question dans l'analyse préalable des coûts et bénéfices attendus d'une opération. Parfois, ce facteur sera un facteur décisif qui orientera le projet vers tel pays plutôt que vers tel autre.
- 5) L'aspect « gestion du projet » est également important, qui devra avoir prévu les procédures de décision.
- 6) Outre les procédures de décision, il faut aussi avoir mis en place, par des règles « d'escalade », des mécanismes de règlement des conflits. Il est d'autant plus important d'éviter qu'un conflit ne se dégrade en contentieux et en procédure judiciaire que, ici comme dans tout contrat international, l'éloignement des parties complique l'intentement de procédures judiciaires ainsi que la mise en œuvre ou l'exécution forcée de

décisions judiciaires, qui peut s'avérer coûteuse et surtout aléatoire. Le contrat diminuera certes les risques de cet aléa en prévoyant l'application au contrat du droit du pays du client et la compétence exclusive des tribunaux du pays du client (ou le recours à des procédures d'arbitrage reconnues), mais la prudence reste de mise car le bât blesse souvent du côté de la mise en œuvre ou de l'exécution sur place des décisions judiciaires⁸.

- 7) Il y a souvent, dans tout projet d'*outsourcing*, des aspects importants de droit social et de droit du travail ; dans notre hypothèse, le recours à des développeurs de pays « à bas salaire » pourra avoir comme corollaire le licenciement de développeurs jusque-là au service de l'entreprise du client. S'il s'agit (et on ne parle plus alors véritablement « d'*outsourcing* ») de faire venir en Europe occidentale des développeurs en prove-

nance de ces pays tiers, des questions de permis de travail, de visas, de statut fiscal, etc., seront à examiner en amont de toute décision.

- 8) Certains secteurs spécifiques (essentiellement le secteur bancaire et le secteur de l'assurance) limitent ou conditionnent, par des réglementations sectorielles, les possibilités d'externaliser certaines activités qui relèvent du « noyau dur » de l'institution bancaire ou de la compagnie d'assurances ; dans certains cas, une concertation préalable avec l'organe de contrôle du secteur est souhaitable, voire nécessaire⁹.
- 9) Dans certains cas, il faudra tenir compte de réglementations dans l'État du fournisseur, par exemple interdisant ou limitant les possibilités de recours à la cryptographie, ou prévoyant des mécanismes de contrôle des importations ou des exportations.

8. La situation se présentera, à cet égard, sous un jour plus favorable, si le fournisseur étranger (ou son groupe) dispose d'une entité dans le pays d'accueil et a des actifs saisissables dans le pays du client. Il sera dans ce cas intéressant, lors de la conclusion du contrat, de veiller à ce que le contrat soit conclu de préférence avec l'entité juridique établie dans le pays du client (voire conjointement avec l'entité locale et l'entité du pays d'accueil, en prévoyant dans le contrat la responsabilité solidaire des deux sociétés). Pour rappel, dans l'hypothèse où le client s'était adressé à une société de développement dans son propre pays, mais que celle-ci a fait appel à de la sous-traitance en externalisant tout ou partie de la mission, le fournisseur principal reste évidemment responsable des agissements de ses sous-traitants, et cela même si le client a consenti à la sous-traitance (sauf évidemment clause expresse de décharge).
9. Tant dans le domaine bancaire que dans le domaine des assurances il sera prudent (et parfois obligatoire) de consulter au préalable l'organisme de contrôle (en Belgique, la C.B.F.A.), qui souhaitera dans certains cas prendre connaissance du projet de contrat afin de vérifier surtout que l'opération ne mette pas en péril ses possibilités de contrôle prudentiel et du réviseur. Cf. H. KEULERS, « *Outsourcing* dans la pratique bancaire et de l'assurance », séminaire IFE, Bruxelles, 11 décembre 2002. Pour le secteur bancaire, la C.B.F.A. a publié le 22 juin 2004 une circulaire sur le sujet : Circulaire PPB 2004/5 sur les saines pratiques de gestion en matière de sous-traitance par des établissements de crédit et des entreprises d'investissement. Elle y a défini dix principes auxquels les établissements concernés devront accorder leur attention. La circulaire précise que la C.B.F.A. doit être informée préalablement de la manière dont les principes seront appliqués dans trois cas : une sous-traitance transfrontalière, une sous-traitance complexe ou une sous-traitance qui a une influence profonde sur l'organisation de l'établissement. Au niveau européen, le *Committee of European Banking Supervisors* a également lancé une consultation sur la question et la réflexion s'y poursuit (cf. le document « *The High Level Principles on Outsourcing* » du 30 avril 2004, http://www.c-ebs.org/consultation_papers/CP02.htm; les réactions à cette consultation sont aussi disponibles sur le site du Comité.



Le développement de l'Internet et des communications facilite l'*outsourcing* et multiplie les secteurs dans lesquels l'*outsourcing* vers des pays tiers peut s'envisager.

Le secteur du développement de logiciels est un exemple de ces secteurs. Les possibilités existent, qu'il faut enca-

drer le mieux possible dans le contrat avec le fournisseur.

Reste que si le contrat pourra fort utilement limiter les risques, il ne fournira pas à lui seul toutes les réponses si, en amont, la confiance entre les parties n'existait pas. Le choix du fournisseur à qui l'on s'adresse sera donc toujours déterminant.